

El secreto bancario ante la Administración Tributaria

Notas a la Sentencia del TCA No. 290/024 (23 Julio 2024)¹

I. Palabras preliminares

Hay temas que logran vencer el paso del tiempo. Sin duda, el tratamiento jurídico del secreto bancario pertenece a esa especie.

En su momento, ríos de tinta fueron vertidos. En el ámbito estrictamente tributario, a mediados de los años 2000 se discutió largamente acerca de las facultades de fiscalización de la Administración Tributaria en el marco de una inspección.² En ese marco, el secreto bancario fue uno de los tantos temas discutidos. Concretamente se discutió si el secreto bancario era oponible ante el Fisco, esto es, si las instituciones financieras podían legítimamente resistirse a proporcionar a los organismos de recaudación tributaria información acerca de las cuentas de sus clientes. En la época comenzaban a hacerse sentir nuevos vientos en el estilo de la Dirección General Impositiva (“la DGI”) -que a la postre se tradujo en una reestructura de ésta última -; esa nueva impronta, sumada a una ampliación en el espectro (y en la potencia) de las baterías jurídicas puestas a disposición del Fisco por la Ley de Reforma Tributaria (Ley No. 18.083, 27 Diciembre 2006), dieron lugar a un vastísimo espectro de opiniones, publicaciones y debates técnicos.^{3 4}

A estar a la sentencia que hoy nos convoca, todo parecería indicar que el debate lejos está de haber sido definitivamente superado.

II. Planteo del caso

Los hechos son bastante lineales:

En el marco de una inspección llevada a cabo por el Banco de Previsión Social (“el BPS”) en el año 2020, esa Administración Tributaria exigió a una empresa contribuyente un conjunto de documentos: recibos de sueldo, acreditaciones salariales, contratos de trabajo, y cuentas sueldos a pagar. Todos ellos fueron aportados por la empresa, salvo el último, las cuentas sueldos a pagar. Razón por la cual la solicitud fue prontamente seguida

¹ En Revista Tributaria (“RT”) No. 309, 2025, edición digital.

² Entre otros: Jornadas Tributarias del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios (2ª parte), 8 y 9 septiembre 2004 (ponencias de Raúl D’Alessandro y Alberto Varela), en RT No. 185, 2005, ps. 222 y ss; Mesa Redonda sobre las facultades de la Administración Tributaria (intervenciones de Héctor Huertas, Claudia Cedrés y Héctor López González), en RT No. 191, 2006, ps. 164 y ss; Varela, Los contribuyentes frente a las inspecciones del Fisco, en RT No. 191, 2006, ps. 211 y ss; VI Jornadas Rioplatenses de Tributación (intervenciones de Alberto Tarsitano y Sebastián Arcia), en RT No. 201, 2007, ps. 737 y ss. Por todos el *best seller* de la época, A. Varela y G. Gutiérrez, El contribuyente frente a la inspección fiscal, 1ª ed., 2007.

³ En relación al secreto tributario ante el Fisco: Adriasola, La negativa de los contribuyentes a informar sobre sus cuentas bancarias al Fisco, en RT No. 192, 2006, ps. 289 y ss; Cervini, El secreto profesional en el ámbito tributario, en RT No. 202, 2008, ps. 5 y ss; Adriasola, La ley de reforma tributaria y el sustancial debilitamiento del secreto bancario, en Tribuna del Abogado No. 151, 2007, ps. 27 y ss.

de una intimación a la empresa a presentar los estados de cuenta bancarios primero, y los “*estados de cuenta bancarios Scotiabank, Santander, Itaú y HSBC*” después.

Al cabo de un ida y vuelta de correos electrónicos entre la empresa y el BPS, aquélla finalmente se negó a brindar la información relativa a sus cuentas bancarias, por entender que esa información estaba especialmente protegida por el secreto bancario. Ante esa negativa del contribuyente, el BPS entendió que el contribuyente estaba incurriendo en una omisión a los deberes de colaboración impuestos por el Art. 70 del Código Tributario (“el CT”) obstaculizando de esa manera el procedimiento inspectivo. En su mérito, el BPS dictaminó que el contribuyente había cometido la infracción de contravención prevista en el inciso segundo del Art. 95 CT.⁵ Razón por la cual la Dirección Técnica de la Asesoría Tributaria y Recaudación del BPS dictó resolución en cuya virtud sancionó a la empresa con una multa de \$ 8.970 (pesos) por contravención (Art. 95 CT).

Esa decisión del BPS fue recurrida por la empresa contribuyente. Desestimados los recursos, la empresa interpuso la correspondiente acción de nulidad para solicitar la anulación de la decisión que le había impuesto la mencionada multa. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo (“el TCA”) le dio la razón a la empresa accionante, tal como se expone seguidamente.

III. El fallo y sus fundamentos

El TCA acogió la demanda con el voto conforme de sus cinco integrantes y en su virtud anuló el acto impugnado.

En lo esencial, la sentencia esgrimió los siguientes fundamentos:

En el Derecho uruguayo existe una protección especial para garantizar el secreto bancario, que sólo puede ser levantado por autorización expresa del titular, o bien por resolución fundada de la justicia penal o en materia de alimentos.

A entender de Sala, las facultades conferidas a la Administración Tributaria por el Art. 68 CT no incluyen la de exigir al contribuyente el suministro de información amparada por el secreto bancario.

Convocando la opinión del Dr. Gabriel Adriasola, el Tribunal afirmó que la regulación especial de secreto bancario establecida en el Derecho uruguayo resultaría ilusoria o vaciada de contenido si la Administración Tributaria pudiera -amparada en las facultades de fiscalización que le confiere el Art. 68 CT- obtener dicha información de los propios contribuyentes. Desde el momento en que la información bancaria está vedada a la Administración Fiscal por leyes claramente de policía, pretender que esa información sea proporcionada por el propio contribuyente es una violación oblicua al sistema legal instaurado.

Por todo lo cual la negativa del contribuyente a informar sobre los movimientos de su cuenta bancaria es absolutamente legítima y no vulnera los deberes de colaboración que impuestos por el Art. 70 CT.

⁵ Dice este segundo inciso del Art. 95 CT: “*Constituye también contravención la realización de actos tendientes a obstaculizar las tareas de determinación y fiscalización de la Administración*”.

Una lectura diversa del tema fue aportada por la Ministro Rosina Rossi. Si bien esta última se pronunció también por la anulación del acto, lo hizo por razones diversas a las expresadas por la mayoría. En opinión de la distinguida magistrada, el Código Tributario no contiene limitación alguna en cuanto al alcance de la información que puede ser exigida por la Administración, en la medida en que ella esté efectivamente relacionada con los hechos generadores de la obligación tributaria. Por lo mismo, la Administración está habilitada para requerir al contribuyente cualquier información vinculada con los hechos generadores de obligaciones tributarias. Siendo así, en la medida en que los estados de cuenta bancarios mantengan esa razonable conexión con el hecho imponible, no existiría *a priori* una exclusión que vedara a la Administración la exigencia de esos estados de cuenta.

Siguiendo esa misma línea -expuso la Dra. Rossi- en principio el BPS está legitimado para válidamente exigir información sobre los estados de cuenta del contribuyente. Sin embargo, no puede hacerlo de manera genérica ni desaprensiva tal como se hizo en el caso concreto. Un pedido tan amplio como el efectuado en el expediente -*la totalidad de estados de cuenta bancarios de todas las cuentas manejadas por la empresa*- impide al contribuyente controlar la trascendencia tributaria de la información intimada. No surge (de la intimación practicada) elemento alguno que permita valorar la razonabilidad de la requisitoria, circunstancia ésta que habría colocado al contribuyente en situación de indefensión. Motivos todos ellos por los cuales, en opinión de la Dra. Rossi, la resistencia del contribuyente devino legítima y por ende la tipificación de la infracción de contravención igualmente debía ser dejada sin efecto.

Con ese punto de partida, intentaremos abordar lo que para nosotros es la médula del asunto: el sentido del secreto bancario y su oponibilidad a la Administración Tributaria en el caso concreto.

IV. ¿Qué es el secreto bancario?

A la luz de la larga literatura publicada sobre el tema, a esta altura la pregunta podría parecer ociosa, casi anacrónica. Sin embargo, no lo es. Porque la argumentación de la mayoría del TCA -haciéndose eco de la defensa del contribuyente y de la línea argumental hábilmente propuesta por éste-, partió de una premisa que omitió demostrar: a saber, que el caso ponía en juego el secreto bancario.

Nosotros creemos que esa premisa es equivocada. He aquí el tema central de esta breve apostilla.

En efecto, la sentencia comienza afirmando que en nuestro Derecho positivo vigente, existe una protección especial para garantizar el secreto bancario, el cual sólo puede ser relevado por resolución de la justicia penal o en materia alimentaria, sin perjuicio de la autorización expresa del titular (Art. 25 del Decreto-Ley No. 15.322, 17 septiembre 1982).⁶ Toda la argumentación del Tribunal se desarrolla a partir de esa consideración inicial.

⁶ Transcribimos su texto:

“Las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que

Como decíamos, desde nuestro punto de vista el caso no involucra una cuestión de secreto bancario. Porque tal como su nombre lo indica, el secreto bancario es una institución reservada exclusivamente para los bancos, o bien, más ampliamente si se quiere, para lo que en nuestro medio se denomina instituciones de intermediación financiera. Así surge del tenor de la norma legal que lo consagra, el mentado Art. 25:

“Las empresas comprendidas en los artículos uno y dos de esta ley, no podrán facilitar (...) noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta, corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada (...)”.

De manera que en nuestro país, el ámbito subjetivo del secreto bancario queda limitado a las empresas referidas en los Arts. 1 y 2 del mencionado Decreto-Ley. Es decir:

Toda persona pública no estatal o privada que realice intermediación financiera quedará sujeta a las disposiciones de esta ley (...). A los efectos de esta ley, se considera intermediación financiera la realización habitual y profesional de operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos (Art. 1).

Y el Art. 2 agrega:

“Las instituciones estatales que por la índole de sus operaciones queden comprendidas en esta ley, estarán igualmente sujetas a sus disposiciones, a los reglamentos y a las normas generales e instrucciones particulares que dicte el Banco Central del Uruguay (...)”.

A nuestro juicio, los textos que se viene de transcribir debieran ser suficientes para poner punto final a la discusión: hablamos de secreto bancario cuando el pedido de información va dirigido al banco o a la institución financiera en general. Si el pedido de informes del Fisco va dirigido a un particular, el secreto bancario no puede ser convocado y por ende no es oponible. No obstante, no habiendo sido ésta la tesis que primó, y dada la enjundia de las opiniones que la sentencia trajo a colación, creeríamos que se justifica ahondar en el análisis.

Más allá del tenor de los textos transcritos, creemos que ellos están completamente alineados a los sustentos teóricos de la figura.

Nada menos que la Dra. Adela Reta solía referir la confusión en que se incurre entre el secreto como un hecho, noticia, documento o cosa, y la relación de conocimiento entre el

reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden, ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud.

No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley.

Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

sujeto y la cosa. El secreto no es la cosa, sino más bien esa relación de conocimiento reservada a un número limitado de personas.⁷

Con algún matiz, Nahum Bergstein expresaba que *“la esencia del delito reposa en la protección de la intimidad, a la cual el titular no ha renunciado, sino en forma limitada (...). El secreto le fue confiado para ser únicamente un uso determinado: el desempeño idóneo en su función profesional en beneficio del propio cliente. Más allá de ellos deberá guardar el deber de sigilo”*.⁸ Más adelante agregaba: *“si se considera que en la esencia del deber de mantenimiento de la reserva profesional está la protección de la privacidad del individuo que subsiste, a pesar de que se comparte el secreto con el confidente necesario, habrá de concluirse que el secreto bancario es una especie dentro del género más amplio del secreto profesional”*.⁹ Y tras una amplia reseña doctrinaria concluía: *“hay una posición coincidente en considerar el secreto bancario como una forma del secreto profesional, por cuanto uno y otro reposan en los mismos fundamentos y tienen parecidos alcances. Pero esta inclusión dentro del género del secreto profesional no agota las distintas facetas involucradas en el secreto bancario; también debe considerarse el interés en la protección de la profesión del banquero. Es una profesión imprescindible en toda organización social. Lisa y llanamente no puede concebirse la sociedad moderna sin una organización bancaria. Por ello es importante rodear la profesión del banquero de las condiciones más adecuadas en beneficio del cliente del propio banquero y de toda la sociedad”*.¹⁰

Esta larga reseña no tiene otro sentido que dejar en claro que no puede haber secreto profesional en general ni secreto bancario en particular, si no hay en la base una relación entre dos personas, llámese cliente-abogado, paciente-médico o cliente-banco. Naturalmente que el hecho, la noticia o los datos en juego pueden igualmente ser reservados -ejemplo: la posición bancaria de un individuo, su situación patrimonial, el origen del dinero, etc- con total prescindencia de una relación profesional de por medio. Pero eso es ajeno al secreto profesional y al secreto bancario, y tiene que ver con la intimidad del individuo; intimidad ésta que también subyace al secreto bancario. Excepto que el sustento normativo en uno y otro caso -y por ende su respectivo estatuto jurídico- son distintos.

Porque mientras la intimidad subyacente en todos ellos encuentra su sustento jurídico último en la Constitución, el secreto profesional y el secreto bancario tienen un estatuto legal que el primero no tiene (Art. 302 del Código Penal y Art. 25 del Decreto-Ley N° 15.322).

Por lo mismo, la expresión secreto bancario debe quedar reservada para la relación entre el cliente y la institución de intermediación financiera. Con palabras de Nahum Bergstein, ontológicamente el secreto bancario no es más que el secreto de los bancos y de las instituciones financieras en general (en nuestro medio: las de intermediación financiera y cualesquiera otras a las cuales el régimen estatuido en el Decreto-Ley No. 15.322 y modificativos les resulta extensivo). Es esa relación, tan antigua como la misma profesión del banquero, la que viene respaldada por una larguísima tradición y la que involucra una serie de connotaciones que justifican y determinan el uso de la expresión secreto bancario.

⁷ Derecho Penal 2º. Curso, IV, s/f, p. 62.

⁸ El delito de violación del secreto bancario (Art. 22 del Decreto-Ley No. 15.322), 1987, p. 14.

⁹ Cit., p. 18.

¹⁰ Cit., p. 19.

En síntesis: el secreto bancario es expresión de una de las variantes de la intimidad, que es la emergente de la relación banco-cliente. Allí donde no exista tal relación, ciertamente podrá existir una intimidad a ser protegida. Pero ella no será secreto bancario (ni profesional), sino otra cosa.

El temperamento que se viene de reseñar encuentra asidero en las normas. Así surge del propio Art. 25 -eje de toda la discusión-. En parte porque la figura del *cliente* es especialmente convocada por la norma, y en parte por la alusión expresa al *secreto profesional*: “(...) *Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden (...)*”.

Con esta larga (pero ineludible) incursión teórica, estamos en condiciones de aterrizar los conceptos precedentes al caso de marras.

En éste, en la medida en que el intimado no es un banco y la información en cuestión está en manos del propio contribuyente, no alcanzamos a percibir de qué manera puede convocarse al secreto profesional. La exigencia del BPS no estuvo dirigida a una institución bancaria, sino a una sociedad anónima como tantas otras. Entre el BPS (requirente de la información) y el contribuyente requerido (empresa en cuya posesión estaba aquella información) no había ninguna relación de confianza pre-existente; menos aun podía hablar de información confiada a la empresa en función de su profesión, empleo o comisión (Art. 302 del Código Penal).

V. La violación oblicua del secreto bancario

Con cita del recordado Gabriel Adriasola, el Tribunal expresa que la tutela especial que las leyes uruguayas dispensan al secreto bancario, resultaría ilusoria o vaciada de contenido si la Administración Tributaria pudiera obtener esa información de los propios contribuyentes al amparo de las facultades de fiscalización previstas en el Art. 68 CT.

Un poco más arriba, la sentencia transcribía el pensamiento de Adriasola en los términos que siguen: “*El deber de colaboración con la Administración Tributaria no puede interpretarse de modo que tenga una amplitud tal que obligue al contribuyente a revelar información que la propia ley determina como secreta, y además la pone fuera del alcance de la misma Administración Fiscal (...) si la información está calificada de secreta por la ley, y así la considera el titular, no está obligado a revelarla (...)* *tamaño obligación en cabeza del contribuyente sería una obligación oblicua a la prohibición de la Administración Tributaria de acceder directamente a la información bancaria. El proporcionar o no es información que den ámbito de la libertad del contribuyente*”.¹¹

Sin desconocer el enorme prestigio y la innegable autoridad del autor citado, creemos que volvemos a caer en el mismo círculo vicioso, en la misma petición de principios: a saber, la información que obra en poder del contribuyente sobre su situación bancaria -posición en las diversas cuentas, saldos a fin de mes, promedios, movimientos, etc- es de por sí información secreta merecedora de una tutela jurídica particular que impide el acceso a ella por parte de autoridad pública. Esto es justamente lo que se debe demostrar. Que la información amparada en el ámbito de aplicación del secreto bancario -los fondos o

¹¹ La negativa de los contribuyentes a informar sobre sus cuentas bancarias al Fisco, en Revista Tributaria, No. 192, 2006, ps. 292-294.

valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto (...) (otras) informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes” (Art. 25)- es reservada con prescindencia de que la información esté o no en posesión de una entidad diversa a un banco, con prescindencia de que el pedido de información vaya dirigido o no a una entidad financiera.

Esto es: ¿puede haber secreto bancario, aun cuando no exista una relación profesional, banco-cliente que hubiera justificado la confidencia? ¿puede haber secreto bancario y profesional allí donde no hay un confidente necesario y actual?

He aquí el distingo en el cual la sentencia no profundizó.

Volvamos al caso que nos convoca, para procurar visualizar la cuestión con mayor nitidez.

Nadie duda que la información que el BPS había pedido al contribuyente era información bancaria, esto es, datos y movimientos bancarios. Sin embargo, esa circunstancia no la vuelve *per se* merecedora de la protección del secreto bancario. Porque no puede asimilarse la tutela jurídica de que goza la información bancaria mientras el banco la tiene en su poder, con aquella otra que podría existir cuando la información está en poder del titular de la información. Sólo en el primer caso hay secreto bancario y secreto profesional, no así en el segundo.

Profundicemos un poco más en este último aspecto. Cuando el tenor del Art. 25 tipifica el delito de violación de secreto bancario, lo hace (fundamentalmente) en función de dos factores centrales: de un lado, el espectro de informaciones propiamente dichas -*los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto (...) (otras) informaciones confidenciales*-; y de otro lado, las referencias subjetivas del tipo -*las empresas comprendidas en los artículos 1º y 2º de esta ley*-. En la medida en que se reúnan los dos condicionantes o requisitos del tipo penal -objetivo el primero, subjetivo el segundo- tendremos secreto bancario amparado en el Art. 25. De lo contrario, tendremos otra cosa, que podrá o no ser merecedora de protección jurídica o de cualquier otro tipo de estatuto; pero no será secreto bancario.

He aquí lo que sucede en la especie. A no dudarlo, la información que el BPS intimara al contribuyente a presentar, es información de índole bancaria: esto es, los estados de cuenta expedidos por el banco. Excepto que esa información sólo se erige en secreto bancario cuando está en poder del banco y es a éste a quien se le exige esa misma información. Estando la información -la misma información- en manos del contribuyente -o incluso en cualquier otra entidad que no sea un banco-, el estatuto jurídico será otro.

Eso no significa que la información no haya de poder merecer protección alguna del Derecho. Pero esa protección ya no será la establecida en el Art. 25.

Se podrá esgrimir que la información es la misma, sea que ella se encuentre en poder del banco, sea en poder del particular. Eso es cierto. Pero convocando el pensamiento de la Dra. Reta citado al comienzo, no debe confundirse la cosa, el hecho o la noticia, con la relación de conocimiento que se traba entre el sujeto y la cosa.¹² El secreto bancario es

¹² A. Reta, cit., p. 62.

una categoría que va más allá de la cosa -en nuestro caso: la información bancaria-. Precisamente porque -como decía mi Padre- estamos en presencia de una figura compleja, donde se conjugan múltiples aristas, donde la intimidad *no agota las distintas facetas involucradas en el secreto bancario*:¹³ por ejemplo, la confianza depositada, la relación profesional entablada, la facilitación de la banca, y, en el caso del Art. 25, la promoción de la plaza financiera local.

Insistimos: la información es la misma, pero las circunstancias son otras; y son justamente esas otras circunstancias -diferentes- las que impiden convocar el secreto bancario. Así, si por una circunstancia cualquiera, la información hubiere cobrado estado público, advertiremos que no obstante la información seguir siendo la misma, las circunstancias son otras, pues la información ha cobrado estado público. O bien pudiese suceder que el particular hubiere confiado la información a un amigo, y que el BPS intimara a éste último la entrega o la revelación de la información. Se trata de situaciones parangonables: la información es la misma, y sin embargo en esos casos no podemos hablar de secreto bancario. Estas últimas normas se habrán de poner en juego cuando sea el banco -confidente necesario-, de quien se espera que actúe en relación a esa misma información: sea para preservar su confidencialidad, sea cuando la autoridad le intime su divulgación.

Otro ejemplo: supongamos que por virtud de los tristemente célebres *Panama Papers* un periódico uruguayo hubiera accedido al conocimiento de las posiciones bancarias de un residente uruguayo. Y supongamos -en ése mismo ejemplo- que la Administración en Uruguay intimara al periódico uruguayo la entrega de esa misma información. El lector convendrá con nosotros que la información en cuestión sigue siendo bancaria, pues se trata de datos o cifras que tienen que ver con la posición bancaria de la persona; sin embargo, el periódico no podrá convocar el estatuto jurídico del secreto bancario, por la sencilla razón que el periódico no es un banco.

Como se comprenderá, el tema da para mucho más. Ojalá podamos dedicarle a él nuevos estudios.

Fuente: Bergstein Abogados. Departamento Tributario. Dr. Jonás Bergstein (Abogado)

¹³ N. Bergstein, cit., p. 15.